

Alcance da expressão “O crime de outrem” prevista na forma culposa do artigo 312 do Código Penal

João Luiz Portolan Galvão Minnicelli

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: I – Apresentação do problema. II – Princípios da legalidade e da tipicidade. III – Interpretação lógico-orgânica. IV – Interpretação gramatical. V – Interpretação sistemática. VI – “Outrem” pode ser qualquer pessoa? VII – Conclusão.

I – Apresentação do problema

O artigo 312 do Código Penal Brasileiro prevê o “peculato” e erige à condição de figura criminosa a única das condutas perpetradas na forma culposa por funcionário público contra a administração pública.

A figura culposa se encontra no § 2º que traz a seguinte redação:

“Se o funcionário público concorre culposamente para o crime de outrem: pena: detenção de três meses a um ano”

A doutrina e a jurisprudência divergem a respeito do alcance dessa expressão “crime de outrem”

Temos o seguinte quadro de possibilidades:

1 – ela abrange todo e qualquer tipo de crime, praticado ou não por funcionário público, como um furto, por exemplo;

2 – abrange apenas crimes praticados por funcionário público no exercício do cargo, qualquer que seja o crime;

3 – esse “crime de outrem” é apenas o “crime de peculato” praticado exclusivamente por funcionário público;

4 – abrange apenas crime de peculato, tanto praticado por funcionário público quanto por funcionário público em co-autoria com um ou mais particulares

Todos concordam que essa tal expressão se refira, pelo menos, ao crime de peculato

A questão está em saber, apenas, se outros crimes além do peculato podem estar abrangidos pela expressão e se tanto o funcionário público quanto o particular estariam abrangidos pela palavra “outrem”

II – Princípios da legalidade e da tipicidade

A tipicidade é uma das principais manifestações do princípio constitucional da legalidade.

Por ela, uma conduta somente pode ser considerada criminosa quando expressamente prevista, em sua inteireza, em uma norma (lei federal ordinária que tenha obedecido o processo legislativo normal e não o extraordinário) definidora daquela conduta.

Também por ela resta impedido o aplicador da lei de interpretá-la extensiva ou abrangentemente. A interpretação de uma lei penal se fará sempre restritivamente.

Não se pode estender a abrangência de um dispositivo legal penal para mais do que ele expressamente afirme.

Além disto, do mesmo princípio resulta ser a analogia inaplicável quando se trate de desfavorecer o suposto autor de um crime.

Já por aí se concluiria com alguma facilidade que a expressão “crime de outrem” não poderia abranger outros crimes que não o peculato, já que o dispositivo prevendo a figura culposa é parte integrante do tipo legal que prevê a figura criminosa do peculato.

Se o princípio da legalidade, gerador das regras da tipicidade, da não interpretação extensiva e da inaplicabilidade da analogia podem e devem ser aplicados a todas as figuras penais previstas na parte geral do Código Penal e das leis especiais, não há como fugir à conclusão de que se aplique ele igualmente ao artigo 312 em seu todo (aí incluídos seus parágrafos).

III – Interpretação lógico-orgânica

A interpretação de uma determinada norma penal não pode fugir à regra geral (aplicável a todos os ramos do direito) de não afrontar a lógica e à organicidade da lei de que faça ela parte e que se pretenda interpretar.

Uma lei, qualquer que seja ela, é um todo orgânico. Se uma lei codificada é composta por livros, títulos, capítulos, artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens, cada uma destas partes precisa estar em consonância com a parcela maior em que se encontra situada.

Assim, uma alínea precisa guardar consonância com o parágrafo em que está inserida, o capítulo não pode abranger mais do que o título abrange e assim por diante. Um parágrafo não pode, por aplicação de princípios lógicos, nidificar condutas em nível maior de abrangência do que é permitido ao artigo em que se encontra aquele enquadrado.

O latrocínio, por exemplo, embora seja nitidamente um crime em que se ofende o bem jurídico “vida” da vítima e seja quase que sempre um crime

“doloso”, não é considerado um “crime doloso contra a vida” (e não é, portanto, julgado pelo Tribunal do Júri) exatamente pela principal razão lógica de estar ele inserido no título “dos crimes contra o patrimônio” do Código Penal. Sendo então, por força de expressa disposição de lei, um “crime doloso contra o patrimônio”, não há nenhum jurista no Brasil que o considere um “crime doloso contra a vida” pois isto afrontaria a lógica do sistema da lei penal.

Daí não ser possível afirmar que a conduta culposa do peculato possa abranger outros crimes além do peculato do qual é ela parte integrante e indissociável.

IV – Interpretação gramatical

Leia-se atentamente a afirmação do dispositivo que estamos interpretando. Para tanto, reproduzamo-lo novamente:

“Se o funcionário público concorre culposamente para o crime de outrem: pena: detenção de três meses a um ano”.

Interpretemos a expressão “o crime”

O legislador pretendeu, aqui, referir-se especificamente a um tipo de crime e não a qualquer crime.

O que nos permite concluir neste sentido é a existência do artigo definido “o” que antecede o substantivo “crime” e compõe, assim, a expressão “o crime”.

Este “o” antes do substantivo restringe a abrangência do substantivo que o segue.

Fosse intenção do legislador referir-se a qualquer tipo de crime, por certo que precisaria utilizar-se unicamente da palavra “crime”, de que resultaria a seguinte expressão: “... concorre culposamente para crime de outrem” (sem o “o”, portanto).

Se alcunhará, talvez, este tipo de interpretação de “preciosista”. Mas não!

A lei não contém dispositivos inúteis!

Para confirmar que nos momentos em que o legislador procura referir-se a qualquer crime ele não se utiliza do artigo “o”, basta lançar mão do artigo 180 do mesmo Código Penal:

“Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”

Por aqui se constata que foi efetiva intenção do legislador punir o agente que adquira, receba etc., coisa que saiba ser produto de qualquer crime, o que se denota pela ausência do artigo “o” definidor de um tipo específico de crime.

Logo, se no caso do peculato, ao fazer referência ao peculato culposo o legislador empregou o artigo definidor de um tipo específico de crime (o artigo "o"), fê-lo para impedir que houvesse interpretação abrangente e para garantir que o intérprete se limitasse ao entendimento de que se trata de um tipo específico de crime: o de peculato!

V – Interpretação sistemática

São inúmeras as passagens em que o legislador demonstra essa vontade inequívoca de separar situações abrangentes de outros crimes (empregando aí a palavra "crime" não antecedida do artigo "o") das situações em que somente de um determinado crime se está a tratar (empregando aí a expressão "o crime")

E isto o legislador faz sistematicamente. Não se poderia, portanto, ao se analisar a abrangência de uma determinada expressão contida em um determinado parágrafo, deixar de levar em conta a forma como o legislador agiu em outras situações inteiramente idênticas.

Vamos a apenas algumas delas.

Empregando o "o" para restringir o alcance da palavra "crime" fazendo com que ela se refira somente ao crime tratado no artigo:

Homicídio

Art. 121.

(...)

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

(...)

Instigação ou auxílio ao suicídio

Art. 122

(...)

Parágrafo único. A pena é duplicada:

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;

(...)

Lesões Corporais

Art. 129

(...)

Diminuição de pena

§ 4º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço

(...)

Maus-Tratos

Art. 136.

(...)

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

(...)

Calúnia

Art. 138

(...)

Parágrafo único. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

(...)

Seqüestro e cárcere privado

Art. 148

(...)

II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

(...)

Violação de domicílio

Art. 150.

(...)

§ 1º Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

(...)

Dano

Art. 163.

(...)

Dano qualificado

Parágrafo único Se o crime é cometido:

I – com violência à pessoa ou grave ameaça;

II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

(...)

Posse sexual mediante fraude

Art 215

(...)

Parágrafo único Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos

(...)

E assim em outras 47 (quarenta e sete) passagens o legislador agiu, no Código Penal, da mesma forma. Sempre se referindo ao crime tratado no artigo como sendo “o crime”, designando-o, portanto, especificamente

Deixando de empregar o artigo definido “o” e empregando apenas a palavra “crime” para designar todo e qualquer crime, temos os seguintes exemplos:

Perigo para a vida ou a saúde de outrem

Art 132 Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave.

(“crime”, aqui, referindo-se a qualquer crime)

Calúnia

Art 138 Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa

(“crime”, aqui, referindo-se a qualquer crime)

Simulação de autoridade para celebração de casamento

Art 238 Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui crime mais grave

(“crime”, aqui, referindo-se a qualquer crime)

Ninguém duvida que ao se referir, no parágrafo único do art 215 a “o crime” praticado contra “mulher virgem menor de 18 e maior de 14 anos” o legislador esteja tratando do crime de “posse sexual mediante fraude” Interpretação restritiva e lógica.

Da mesma forma, ninguém discute, na doutrina ou na jurisprudência, que ao se ter referido, no parágrafo único do artigo 163, a “o crime”, o legislador estivesse tratando do crime de “dano”. Interpretação restritiva e lógica

E assim por diante, todos os artigos acima transcritos permitem uma e apenas uma interpretação a respeito da abrangência da expressão “o crime” deles constante: abrange ela apenas o crime tratado no respectivo artigo.

O legislador agiu da mesma forma, como vimos, no § 2º do artigo 312.

Por qual razão, então, há alguma discussão a respeito do alcance da expressão “o crime” no aludido parágrafo? Qualquer interpretação que signifique abranger mais do que o crime de peculato tratado no artigo em que tal parágrafo está inserido, perfaz evidentemente interpretação extensiva e ilógica

Não há razão lógica alguma que permita utilizar de dois pesos e duas medidas distintas, uns para avaliar a extensão de determinada expressão em alguns artigos e outros para avaliar de forma diferente a mesmíssima expressão contida em um determinado artigo (exatamente o art. 312).

As regras da interpretação sistemática não permitem essa diferença de comportamento por parte do intérprete, distorcendo regras de interpretação ao sabor casuísta de uma ou outra situação que sob sua exclusiva ótica mereça ora uma interpretação mais “benevolente” e ora mais “severa”, dependendo de quem seja o suposto autor do possível crime em análise.

VI – “Outrem” pode ser qualquer pessoa?

Como vimos, dentro da expressão “o crime de outrem”, a expressão “o crime” diz respeito apenas ao crime de peculato.

Mas e qual a extensão da palavra “outrem” contida na mesma expressão?

Sabemos que somente funcionários públicos podem praticar, sozinhos, o crime de peculato, assim como todos os demais crimes ditos “funcionais”.

E sabemos que excepcionalmente também um ou mais particulares poderão cometer o mesmo crime funcional, desde que em co-autoria com algum ou alguns funcionários públicos. Afinal, é esta a lição que se extrai da regra contida no artigo 30 do Código Penal já que o ser funcionário público é circunstância elementar desses crimes funcionais e, como tal, se estende (se comunica) aos particulares que eventualmente praticarem tais crimes com alguns ou alguns funcionários públicos.

Dá concluir-se que tanto funcionário público possa praticar, normalmente, crimes funcionais (dentre os quais o peculato) quanto particulares o possam, excepcionalmente desde que, repita-se, não sem a contemporânea participação de um funcionário público.

Em sendo assim, a expressão "outrem" é necessariamente abrangente, por força de expressa disposição de lei (art. 30 do Código Penal) de ambas as possibilidades: a de funcionário público cometendo peculato e a de particular cometendo o mesmo crime.

A figura culposa prevista no artigo 312 não deixa, só pelo fato de prever um comportamento culposos, de abranger as duas possibilidades como as demais partes do mesmo artigo (*caput* e § 1º) abrangem.

Assim sendo, tanto cometerá crime de peculato culposos o funcionário público que, agindo imperita, imprudente ou negligentemente terminar contribuindo involuntariamente para: a) um peculato cometido por um ou mais seus colegas; quanto o cometerá se da mesma forma contribuir involuntariamente para b) um peculato cometido por um ou mais funcionários públicos em concurso com algum ou alguns particulares.

VII – Conclusão

De todo o exposto, concluímos:

a) a expressão "o crime de outrem" precisa ser interpretada restritivamente;

b) dentro dela, a palavra "crime" se refere exclusivamente ao crime de peculato;

c) ainda dentro dela, a palavra "outrem" se refere tanto a funcionário público quanto a particular;

d) somente cometerá crime de peculato culposos o funcionário público que comprovadamente contribuir para crime de peculato praticado:

- por outro funcionário público; ou
- por outros funcionários públicos; ou
- por um funcionário público e um particular; ou

- por mais de um funcionário público e um particular; ou
- por um funcionário público e mais de um particular; ou
- por mais de um funcionário público e mais de um particular

e) jamais cometerá crime de peculato culposos o funcionário público que contribuir para o crime (qualquer que seja) de um particular;

f) jamais cometerá crime de peculato culposos o funcionário público que contribuir para o crime (qualquer que seja) de um funcionário público em co-autoria com um ou mais particulares, salvo se tal crime for um peculato;

g) jamais cometerá crime de peculato culposos o funcionário público que contribuir para o crime (qualquer que seja) de mais de um funcionário público em co-autoria com um ou mais particulares, salvo se tal crime for um peculato;

h) para que haja um crime de peculato culposos é indispensável a comprovada existência de um crime de peculato doloso, seja ele praticado por funcionário(s) público(s), seja praticado por estes e por um ou mais particulares em co-autoria delitiva.